

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA LA SOCIEDAD CONYUGAL*

Dra. Carmen Domínguez Hidalgo
Profesora de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica de Chile

Para el desarrollo de nuestras observaciones seguiremos el mismo orden que adopta el proyecto en las reformas que propone.

1. OBSERVACIONES A LA REFORMA DE UNA SERIE DE NORMAS PARA AJUSTAR EL LÉXICO EMPLEADAS EN ELLAS Y QUE SE CONSIDERAN FUNDAMENTALES PARA LA IGUALACIÓN DE LOS SEXOS

Ciertamente la fundamentación invocada por el proyecto para reformar una serie de normas del *Código* que se consideran “sexistas”, nos lleva a una pugna de fondo, presente en todos los debates en materia de familia y, en especial en lo que se relacionan con la situación de la mujer, relativo a, ¿cuál es el papel exacto del Derecho en materia de familia?, ¿producir efectos políticos o psicológicos?

* Estas observaciones corresponden a nuestra intervención ante la Comisión de Constitución del Senado en Valparaíso, 4 de septiembre de 2007 y que, sustancialmente, corresponden a lo expresado también en el seminario organizado sobre el mismo proyecto por la Fundación Fueyo.

Si así se sostiene, por una parte, ello supone un reconocimiento expreso de que se asigna a la ley un alcance pedagógico negado para otras materias, recuérdese todo el debate en torno a esto con ocasión de la introducción del divorcio vincular. Supone reconocer, además, que la reforma no sólo obedece a un cambio en la realidad –en este caso a una mayor igualdad entre cónyuges– sino que se quiere hacer precisamente para efectuar un cambio “político o psicológico”.

Por otra parte, obliga a demostrar si las reformas en la ley son un instrumento apto y eficiente para la mejora en la situación de la mujer en la sociedad. Punto tremendamente complejo. Y en ello conecto también con una de las premisas invocadas para la sustitución de la sociedad conyugal: la necesidad de hacerlo porque ello es indispensable para superar su discriminación.

Por lo pronto, lo cierto es que, como ya hemos afirmado¹, la evolu-

¹ Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, “La situación de la mujer casada en el régimen patrimonial chileno: mito o realidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 1, vol. 26, Santiago, 1999, p. 87 y ss.

ción habida en torno a la situación jurídica de la mujer casada nos permite constatar que, en aquellos aspectos más relevantes, la mujer goza, en el presente, de idénticos derechos que el marido.

No obstante, es indudable que su situación, en la práctica, es, muchas veces, distinta. En efecto, los derechos declarados y reconocidos en la ley son desconocidos o ignorados por ella, en términos que no los ejerce. En ciertos casos, se cree, incluso, que la sola invocación de los mismos se opone al espíritu que anima el matrimonio, porque supone una mirada egoísta que parece querer poner, por sobre todos los demás intereses que confluyen en la familia, los propios (ésta es la experiencia permanente que se tiene cuando uno quiere que los futuros cónyuges analicen la elección del régimen o la sustitución del mismo).

En mi opinión, éste es un punto vital a despejar y que, por lo mismo, debiera motivar un amplio campo de políticas públicas destinadas a difundir y educar a las personas, en especial a las mujeres, en un giro en esa comprensión en el sentido de resaltar que el conocimiento anticipado de los derechos y deberes que se tienen, lejos de afectarlos, resulta importante para la construcción de una familia más sólida, de un matrimonio más estable.

Asimismo, siendo la situación jurídica de la mujer casada del presente, fruto de una admirable conquista, lo cierto es que los derechos que le han sido otorgados no garantizan y, de

hecho, no han garantizado el que, en realidad, ellos sean ejercidos. Ello se debe a que ese ejercicio requiere una cierta aptitud cultural que le permita a la mujer tomar conciencia de sus derechos y querer ejercitarlos en bien del interés común de la familia. Nada obtiene el legislador con instaurar regímenes que, en su letra y en su técnica, atribuyan igualdad de poderes al hombre y la mujer si ésta, por razones culturales, no quiere ejercitarlos. En otros términos, para que ellos funcionen realmente se requiere un cambio de mentalidad en conformidad al cual la mujer tenga conciencia de sus facultades, quiera intervenir y ejerza la igualdad en la armonía matrimonial.

Ésa no ha sido la situación en Chile, prueba evidente de que es un error concentrar su tutela en la reforma a la ley. Hoy, más bien, eso pasa por un cambio cultural que por un ámbito de políticas públicas, o, de campañas masivas de información a la mujer de su real situación jurídica. Por ejemplo, del art. 150, que es un inmenso privilegio desconocido por muchas mujeres.

Por ello, la sustitución de las palabras no puede estimarse como una herramienta esencial para la mejora de su situación, pues ello supone simplemente no entender cómo se dan los cambios culturales o asignarle un efecto desmedido al alcance de la ley en este punto.

Por último, parece imposible dejar pasar por alto una referencia específica a la derogación del inc. 4 art. 44, que establece como parámetro de referencia de la culpa leve “al buen padre

de familia”. Se trata de una reforma sin sentido que supone dejar fuera un concepto que tiene un importante desarrollo doctrinal y jurisprudencial en la familia romano-germánica, cuya supresión no parece justificarse por una mera cuestión de igualdad de sexos. Se trata de un parámetro técnico de evidente utilidad para determinar nada más y nada menos que el grado más común de negligencia.

2. OBSERVACIONES EN TORNO AL PROYECTO EN SU SUSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE SOCIEDAD CONYUGAL POR UNA COMUNIDAD IGUALITARIA DE GANANCIALES

En primer término, las observaciones que pueden hacerse al proyecto se relacionan, en mi caso, esencialmente, con la necesidad o no de sustituir el régimen legal por otro, esto es, de sustituir la sociedad conyugal por uno de comunidad de gananciales como la que se propone.

Ello porque si la cuestión fuese planteada sólo como la introducción de esa comunidad como una nueva alternativa de régimen que viene a reemplazar el de participación en los gananciales existente, ello no plantea mayores cuestiones que las propias a la opción, esto es, ¿si la multiplicidad o mutabilidad de regímenes es un bien o importa *per se* un bien para la familia? Pregunta compleja, pues nos reconduce a la cuestión de fondo en materia de familia que se relaciona con cuánta autonomía es necesaria en el ámbito familiar. De hecho, en

esta materia, la realidad comparada nos demuestra que no existe una única solución o una universal. Para no ir más lejos, sólo en Latinoamérica encontramos sistemas donde la autonomía en la construcción del régimen es amplísima como Brasil y, otros, como Argentina, que mantienen la inmutabilidad. De este modo, la conclusión evidente es que cada país ha de construir su concepción al efecto en concordancia con su concepción de lo que entiende significa ser y hacer familia. Y que no existen sistemas inconstitucionales o contrarios a los tratados internacionales *per se*.

Con todo, habida cuenta que nuestra evolución en la materia ha sido marcada por una tendencia hacia la opción entre varios regímenes y supuesta que ésa sea la premisa que queremos mantener, la incorporación de un nuevo régimen alternativo no plantea problema alguno.

Por el contrario, la discusión se plantea por la sustitución de la sociedad conyugal por un nuevo régimen como legal porque entonces surge la pregunta evidente de, ¿cuáles son las ventajas que este nuevo régimen plantearía?

Y al respecto son varias las consideraciones que deben ser tenidas en cuenta y que el razonamiento que justifica esa sustitución parece no haber tenido presente. Las dividiremos en observaciones relativas, en primer término a las premisas generales que fundan la sustitución, y, en segundo término, a las específicas en torno a la sustitución.

2.1 En torno a las premisas generales que fundan la sustitución de la sociedad conyugal

El proyecto se asienta sobre una serie de premisas que pueden desprenderse de su motivación inicial como del debate parlamentario en las comisiones que le han conocido y sobre las que resulta necesario pronunciarse:

A) La sustitución de la sociedad conyugal es una reforma esencial para la mujer en Chile: necesidad de contextualizar

Partamos, primero, por contextualizar el alcance de la reforma. No se trata de un tema esencial para la mujer como se pretende o ha pretendido. Lo cierto es que para la realidad socioeconómica de la gran mayoría del país, quien administra los bienes propios de la mujer (bienes que se tenía al tiempo del matrimonio o que se adquieren a título gratuito durante la vigencia del matrimonio) no constituye un problema simplemente porque no ellos no existen. Es el caso de la mayor parte de las mujeres más pobres, pero también es el de otras que trabajan separadamente del marido.

Debemos recordar, además, que para un gran porcentaje de los matrimonios en Chile, no existe preocupación ni siquiera por los regímenes de bienes, cualquiera sea, simplemente porque carecen de bienes o sólo cuentan con uno adquirido con subsidio. La verdad es que para esas personas, que son la mayoría, lo que la ley dis-

ponga o deje de disponer en materia de bienes es irrelevante y viven al margen de ello.

La cuestión general de los regímenes matrimoniales es un problema de quienes tienen bienes, más aún, puede adquirir una real importancia, cuando se trata de personas con muchos bienes lo que, por un lado, es una excepción en Chile y, por otro, en la mayor parte de los casos tampoco implica a la sociedad conyugal porque están casados en separación de bienes. Es más, fue una condición impuesta por los padres ricos al matrimonio del hijo o de la hija.

En síntesis, debe contextualizarse el alcance del proyecto porque no puede plantearse como un tema prioritario para la gran mayoría de los chilenos.

B) Se agrega, además, que la administración confiada al marido no se explica en el presente donde ha habido una “transformaciones socioeconómicas han significado una incorporación progresiva de la mujer al mundo laboral, así como su ascenso hacia posiciones ejecutivas, lo que ha tenido como consecuencia un cambio conductual dentro de la familia, en orden a que ambos cónyuges compartan los papeles profesionales y domésticos”

Este pretendido fundamento se aplica únicamente a la mujer que trabaja, lo que en Chile sólo alcanza al 36% de la fuerza laboral. Se parte de la premisa de que la reforma a la sociedad conyugal para la mujer que

trabaja importaría una mejora para su situación.

Esa convicción sólo puede provenir de error, precisamente en el caso de ella es que el régimen de sociedad conyugal es tremendamente beneficioso por contar con el art. 150 del CC. En efecto, ella tiene actualmente una opción, que es un beneficio inmejorable: si el marido ha sido un pésimo administrador y ella una estupenda, entonces se queda sólo con sus bienes reservados. Si, en cambio, ha sido un buen administrador, ella puede sumar lo suyo para llevarse siempre la mitad.

Más aún se trata de una regla que, por su estupendo régimen probatorio, prácticamente no ha planteado problemas (a diferencia del caso francés).

C) Otro fundamento invocado se centra en que la desigualdad que la ley contiene en la sociedad “afecta negativamente la relación familiar”

¿Qué base empírica tiene eso? Tanto puede afirmarse eso como que no tiene influencia porque, por un lado, en la mayor parte de los matrimonios la relación familiar no viene determinada por lo que la ley disponga o deje de disponer, sino por la calidad y profundidad de los vínculos existentes en ella. A lo anterior se agrega, por otro lado, el que para muchos matrimonios, si el que administra es el hombre o la mujer es completamente irrelevante por carecer de bienes.

D) La sociedad conyugal es un régimen engorroso y complejo

Se afirma, además, como fundamento del proyecto, que la sociedad conyugal es un régimen engorroso y complejo. Curiosa afirmación porque sólo se apoya en una impresión teórica, sin comprobación práctica. En efecto, lo cierto es que si así fuese el régimen en sus ciento cincuenta años de vigencia tendría que haber generado abundante jurisprudencia. Lo cierto es que eso no es así. Basta con revisar el repertorio de jurisprudencia civil para observar que la que ha existido en el punto es muy escasa, y hablo ahora desde la experiencia de más de quince años dedicada a la atención profesional de asuntos familia, que la sociedad conyugal no plantea prácticamente problemas en su funcionamiento, de hecho basta con revisar los ingresos de los tribunales de familia o de menores para observar que prácticamente no ingresan, por ejemplo, autorizaciones supletorias de la mujer, prueba de que, en la práctica, el régimen funciona como uno de coadministración.

Al momento de su liquidación, no existe ninguna complejidad adicional a la liquidación de cualquier comunidad. Si están de acuerdo, es negociada. Si no lo están, se va a juicio. De hecho, en la situación base que debe existir para que podamos hablar de liquidación, existiendo bienes y cuando ellos son abundantes, lo cierto es que siempre se llega a liquidaciones negociadas por el temor del marido de que en tribunales le obliguen a

entregar más bienes o le puedan probar bienes que ha ocultado a la mujer (depósitos, fondos mutuos, inversiones varias). Es lo que sucede también en el caso de las compensaciones económicas actualmente.

Si se trata de lo engorroso que supone para una mujer casada en sociedad conyugal contraer créditos, la afirmación tampoco tiene mucho asidero. Por un lado, si se trata de la mujer que quiere acceder a la compra a crédito de un bien raíz con subsidio, sabemos que es considerada como separada de bienes a esos efectos. Si se trata de obtenerlo con los bancos, le es exigida la concurrencia del marido como le es exigida una infinidad de declaraciones adicionales; sólo el que no conoce lo que significa adquirir un bien con intervención de los bancos puede afirmar que existe un modo de que el proceso no sea complejo y engorroso.

E) El régimen de sociedad de conyugal es inconstitucional por dejar entregada la administración sólo al marido al ser contraria al principio de igualdad

Se ha afirmado, además, que el régimen de sociedad conyugal sería inconstitucional. Eso es a lo menos muy discutible. No puede ser inconstitucional si existe variedad de regímenes y la mujer opta libremente por él.

Por otra parte, el que exista un solo administrador y no sean ambos administradores tampoco es *per se* inconstitucional. Es lo que pasa en

las sociedades donde hay un sólo administrador y no por ello es inconstitucional porque todos los socios no administren.

G) Además, se ha considerado que no se aviene con la normativa de la declaración universal de los derechos humanos y la convención para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer

Ésa es una posible forma de comprensión de los tratados, pero también podría decirse no cabe hablar de discriminación cuando, por otro lado, la mujer goza de beneficios como contrapartida a esa situación: el patrimonio reservado del art. 150 del *Código Civil* y la renuncia de gananciales.

Por último, la sustitución se pretende justificar esencialmente sólo en una pretendida igualación impuesta por la normativa internacional, esto es, sólo se mira la cuestión desde el prisma de la mujer. Sin perjuicio de estar convencida de que la igualdad entre hombre y mujer se impone al Derecho por efecto de la igual dignidad que ambos poseen, cuando se trata de un régimen de bienes que, por definición es un efecto del matrimonio, base de la familia, el interés exclusivo de la mujer no puede ni debe ser el único prisma de análisis. Un régimen de bienes tiene sentido, por definición, en la contribución a establecer reglas claras para el acceso de los bienes necesarios para la subsistencia de los miembros de la familia

y, por lo mismo, cualquier reforma a los mismos debe importar una mejora final para ella. En otros términos, la premisa correcta no es lo que a la mujer exclusivamente le conviene, sino lo que es de mejor interés para la familia y su subsistencia.

2.2 Observaciones en cuanto al nuevo régimen legal de comunidad de gananciales que se quiere introducir

En cuanto al análisis específico del nuevo régimen que se propone. Basta con revisar su regulación para constatar que, en definitiva, se asemeja en muchos aspectos a la sociedad conyugal existente tanto que uno se pregunta, ¿por qué la necesidad de hacer esa sustitución si, en definitiva, algunas simples reformas a la sociedad conyugal nos conducirían, en el fondo, a una solución final muy semejante?

Más aún, un estudio práctico del tema nos revela que la situación en que se quiere poner a los cónyuges, es en el fondo, la que existe con la sociedad conyugal en muchos casos. Así:

- a) Si se trata de mujer que trabaja, ella administra sus bienes, en el fondo su sueldo e ingresos con plena libertad. Y el marido administra los bienes sociales que, en el fondo, son sus bienes, los frutos de su trabajo.
- b) Si la mujer no trabaja, ella no tiene nada que administrar (lo mismo pasará con el régimen que se propone) y el marido administra los bienes sociales que son nuevamente los ingre-

sos de su trabajo y lo que con ellos adquiere.

- c) En cuanto a los bienes propios de la mujer, insistimos en lo expresado en el inicio, ellos normalmente no existen, cuando existen al tiempo del matrimonio los cónyuges se casan en separación de bienes y ello seguirá sucediendo con el nuevo régimen. Si existen o surgen durante la vigencia del régimen entonces los administra el marido, pero la mujer tiene un poder de intervención en la administración.
- d) En efecto, si se observa bien el funcionamiento de las reglas legales que regulan la sociedad conyugal, la apariencia de un poder del marido cede frente a los poderes que a la mujer se le entregan para la administración de los bienes. Esos poderes –como sucede en toda la sociedad conyugal con los poderes propios, sancionatorios o de coadministración– ellos no aparecen evidentes porque quedan cubiertos por la técnica de las limitaciones a las facultades del marido (art. 1.749). No obstante, estas limitaciones determinan la necesaria intervención de la mujer en la decisión que haya de tomarse para los actos esenciales de disposición y gravamen de sus bienes propios, de forma que si ella emplea adecuadamente sus poderes –lo que pasa por conocerlos– la intervención

del marido se limitará a la actuación formal en el acto dispositivo, habiéndose tomado la decisión de celebrarlo al menos con asentimiento de la mujer.

En síntesis, la sociedad conyugal debe ser juzgada no desde la letra de la ley, sino no por la realidad que tras las sucesivas reformas que le han afectado, existe en este régimen. No es cierto que haya un administrador omnímodo y una subordinación económica absoluta de la mujer al marido. Esa conclusión se refleja desde un estudio teórico, pero no práctico: la mujer tiene poderes de intervención de la administración que, en el hecho, la hacen, en la mayor parte de los casos, coadministradora.

- e) El nuevo régimen sólo protege de la disposición o constitución de garantías por parte del otro cónyuge a los bienes raíces, olvidando que, en el presente, los bienes económicamente más importantes son muchas veces otros, por ejemplo, instrumentos financieros, entre otros.

Más aún, del modo en que viene concebido el proyecto aprobado en la Cámara, si sólo se requiere autorización para celebrar actos sobre bienes raíces, vamos a tener instaurada la grave inequidad y desprotección en que hoy tenemos al cónyuge más débil al tiempo de la ruptura con la separación de bienes. En efecto, la mayor parte de la fortuna de las personas no se concentra hoy en bienes raíces, eso

era en el pasado. Hoy se concentra en instrumentos financieros, acciones que, en este nuevo régimen, el marido puede, vigente el matrimonio, disponer libremente. Con ello, nos encontraremos con que, al término del régimen, muchas mujeres, pese a haberse casado en este régimen se encontrarán en la situación de las casadas en separación de bienes cuando estuvieron casadas con uno que, en la práctica, se comportó de espaldas a la existencia del matrimonio y de su mujer (cientos son los casos de mujeres casadas en separación de bienes que ignoran lo que gana el marido).

2.3 Observaciones en torno a la sociedad conyugal en su tratamiento actual: reformas que podrían perfeccionarla

Todo lo anterior no determina que se pretenda sostener que el régimen de sociedad conyugal es perfecto. Sólo se quiere ser justa con él y juzgarlo desde lo que la práctica nos revela. Y ello nos obliga a tener presente a la hora de decidir sobre él mismo, hoy, dos aspectos esenciales para la situación familiar y de la mujer donde el régimen de sociedad conyugal despliega una utilidad evidente.

- a) La situación de la mujer casada que trabaja, pues para ella la sociedad conyugal es para ella un espléndido régimen por efecto del art. 150 del *Código Civil* y la opción que la renuncia a los gananciales supone.
- b) La situación de la mujer cónyuge más débil que no quiere

la ruptura matrimonial porque depende económicamente del marido –ésa es la situación prototipo de cónyuge más débil en Chile– donde hoy la existencia de sociedad conyugal es la única herramienta que le permite tener un cierto poder negociador. En efecto, el divorcio vincular por definición le priva de poder negociador al cónyuge más débil, pues no existe modo de evitarlo. No obstante, si ella está casada en sociedad conyugal –y eso es lo que está sucediendo– la eventual liquidación de la misma le otorga, al menos, un cierto poder negociador, imprescindible para toda parte en un juicio.

Por ello, establecer un régimen que ciegamente imponga la igualdad, atendido el hecho de que permanece la mujer como la figura más débil, no aparece como lo más acertado.

c) De este modo, la sociedad conyugal puede ser perfeccionada en varios aspectos, de reforma simple:

- desde luego, en el reemplazo por la sustitución de la expresión jefe en el art. 1.749 del *CC*.

- en la concesión a los cónyuges de la facultad de elegir libremente quien administra o aun el establecimiento de una administración conjunta.

- en la entrega de la facultad de administrar los bienes propios de la mujer a ella.

- en la subsistencia del art. 150 del *CC* para cuando se opte

porque la administración quede a cargo del marido.

- en la obligación de rendir cuenta del cónyuge administrador

- en la incorporación de algunas normas de régimen de base

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la sociedad conyugal, se parte de la idea de que el marido es el jefe de la misma. Eso hoy no significa nada, toda vez que la administración es restringida para el hombre, puesto que la ley le ha dado a la mujer un sinnúmero de herramientas para protegerse de la mala administración del hombre.

La sociedad conyugal es un régimen que protege a la mujer de los excesos y arbitrariedades, con beneficios como el patrimonio reservado del art. 150, la renuncia de gananciales, entre otros.

En síntesis, la reforma en trámite plantea una serie de reflexiones de fondo que no han sido efectuadas y que deben ser despejadas antes de que ella sea aprobada so pena de volver a repetir el profundo error en que han incurrido todas las últimas reformas en materia de familia: legislar bajo presión sin reunir al mundo experto y creando expectativas desmedidas en la opinión pública. Todavía estamos a tiempo de rectificar el rumbo y demostrar que, más allá de nuestras genuinas visiones de la familia, tenemos un verdadero interés por buscar qué es lo mejor para la construcción de un proyecto familiar estable y cuánto concierne ello al Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, “La situación de la mujer casada en el régimen

patrimonial chileno: mito o realidad”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 1, vol. 26, Santiago, 1999.